

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
novembre 2014

L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*

di **Emma A. Imparato** – *Ricercatore in diritto pubblico comparato presso l'Università "Orientale" di Napoli.*

SOMMARIO: 1. *Profili introduttivi.* - 2. *La revisione costituzionale francese.* - 3. *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano.* - 3.1 *La legislazione di attuazione.* - 4. *Il diritto costituzionale tedesco.* - 5. *Alcune osservazioni finali. La normativa di attuazione a confronto.* - 5.1 *Segue. La posizione dell'UE.* 5.2 *Segue. Per concludere.*

1. *Profili introduttivi.*

Questo scritto è volto ad inquadrare la condizione dello straniero che intenda esercitare il diritto di asilo nell'ambito dell'ordinamento italiano.

In particolare l'esame delle disposizioni normative che tale *status* disciplinano avrà come riferimento precipuo il diritto costituzionale, senza tuttavia trascurare, sia pure in sintesi, la recente legislazione di attuazione. Non volendoci però limitare ad una mera esposizione di norme ma offrire al contempo qualche spunto di riflessione, si è ritenuto di non poter omettere riferimenti alla normativa costituzionale adottata in materia da altri paesi – contestualmente alla nostra, nell'immediato secondo dopoguerra, seguendo un primo approccio comparativo di tipo sincronico – in particolare in Francia e Germania, così da far risaltare similitudini – se ci sono, a quanto vedremo – e soprattutto differenze¹. Ovviamente,

* Testo rielaborato, con numerose rettifiche e integrazioni, della relazione presentata nell'ambito del Convegno "Il diritto d'asilo in Europa" organizzato dall'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" a Napoli, il 21 marzo 2014.

¹ Sulla rilevanza di una comparazione soprattutto per differenze si v. G. RECCHIA, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 2000, in particolare quanto all'analisi delle questioni metodologiche in tema di diritto amministrativo comparato e comunitario. Per un'ampia disamina - e critica - degli approcci e metodi adottati negli studi di diritto comparato, anche in una interessante prospettiva storica, si rinvia invece a L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bononia University Press, Bologna, 2014, in particolare, p. 72 e ss.

visto il tema sotteso a una “politica comune”², verranno fatti brevi cenni anche agli strumenti legislativi adottati dall’Unione europea in materia.

Come è ben noto, è il nostro articolo 10, collocato tra i principi fondamentali, a riconoscere, al terzo comma, in capo all’individuo non un mero interesse legittimo all’ingresso e soggiorno - come è nel caso del semplice immigrato, secondo l’orientamento della nostra stessa giurisprudenza³ - ma un vero e proprio diritto soggettivo all’asilo cui è speculare - ovviamente - un obbligo da parte dello Stato: questi, di fronte ad un’istanza d’asilo dello straniero, è infatti tenuto ad avviare e compiere le opportune verifiche circa lo *status* di asilante ma ancor prima, nelle more della definizione finale di tale accertamento, ad accogliere il richiedente asilo, stante il principio di diritto internazionale⁴ relativo al divieto di *refoulement* (divieto di respingimento).

Per la verità nella disposizione costituzionale l’obbligo di effettuare i necessari accertamenti in merito alla condizione dello straniero - a fronte di un diritto soggettivo nella stessa norma posto in posizione decisamente predominante - appare piuttosto in ombra, rimesso ad un mero rinvio alle “condizioni stabilite dalla legge”. In primo, o meglio, in ‘unico piano’ si

² V., in particolare, art. 78, paragrafo primo, Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, ove si stabilisce che: “L’Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti”.

³ Vedi *in primis*, Corte cass., Sez. Un., 8 ottobre 1999, n. 907, laddove assimilando lo *status* di rifugiato a quello del richiedente asilo, decreta che quello di avente diritto all’asilo costituisce “uno status, un diritto soggettivo, con la conseguenza che tutti i provvedimenti, assunti dagli organi competenti in materia, hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, per cui le controversie riguardanti il riconoscimento del diritto di asilo o la posizione di rifugiato rientrano nella giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria”. Per la Corte costituzionale v., invece, sentenza del 2004 pronunciata successivamente all’adozione della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifiche alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), e in particolare all’art. 13, comma 1 che punisce con l’arresto da sei mesi ad un anno lo straniero che, “senza giustificato motivo”, si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell’ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis* del medesimo articolo. Nel chiarire le differenze tra la situazione dell’asilante e quella del migrante economico quanto alla procedura dell’espulsione, la Corte puntualizza che “l’istituto dell’espulsione si colloca in un quadro sistematico che, pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso — anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) — l’ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. *migranti economici*. E così, per l’aspetto che qui interessa, mentre il pericolo di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali preclude l’espulsione o il respingimento dello straniero (art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998), analoga efficacia “paralizzante” è negata, in linea di principio, alle esigenze che caratterizzano la seconda figura” (Corte cost., 13 gennaio 2004, n.5).

⁴ In particolare nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 - entrata in vigore il 21 aprile 1954 (per l’Italia nel 1955) - relativa allo *status* dei rifugiati che all’art. 33 stabilisce: “nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche”.

rivelerà infatti solo nel successivo diritto internazionale, con la Convenzione di Ginevra adottata nel 1951⁵ riguardante d'altra parte, è bene ricordarlo, non l'asilante ma il 'rifugiato'⁶: queste figure, seppure erroneamente assimilate - anche a causa di un'interpretazione estensiva della stessa Convenzione operata soprattutto a livello europeo⁷ - si rivelano decisamente diverse palesando, come meglio si vedrà, caratteristiche ben differenti (laddove ad occuparsi di diritto di 'asilo' vero e proprio, sia pure non vincolante, è solo la pregressa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, in particolare all'art. 14⁸).

In ogni caso, tornando alla Convenzione di Ginevra, questa non sembra anche accogliere un obbligo dello Stato - e un corrispondente diritto del rifugiato - a concedere l'asilo⁹; ciò è a dirsi almeno sotto il profilo formale, potendosi sostenere una tesi diversa dal punto di vista sostanziale. La chiara preoccupazione rivolta a disciplinare sin dalle norme iniziali, in particolare all'art. 2, gli "obblighi generali" e i "doveri" gravanti sul rifugiato potrebbe voler ammettere implicitamente - i doveri normalmente costituendo il contraltare dei diritti¹⁰ - l'esistenza, in capo allo stesso, di un qualche diritto. Come che sia, sembra invece imporre, come si diceva, un obbligo di accertamento. Concentrandosi sulla definizione della

⁵ Secondo la Convenzione di Ginevra deve intendersi come rifugiato "chiunque, per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato".

⁶ Vedi, in particolare, le osservazioni di B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, *Rifugiati*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, p. 5306 ss.

⁷ In proposito, v. P. PALERMO, *Il diritto di asilo nello spazio europeo: tra rifugio, asilo comunitario e convenzione europea dei diritti umani*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 22 luglio 2009, reperibile all'indirizzo internet <http://www.forumcostituzionale.it>. nonché G. M. RUOTOLO, *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *DPCE*, 2008, p. 1818 e ss. Sulla confusione terminologica per alcuni voluta e 'interessata', v., specificamente, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali - l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 187.

⁸ Tale articolo stabilisce infatti che: "1. Ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni. 2. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite". Sul punto si rinvia a R. PISILLO MAZZESCHI, *Il Diritto d'asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, p. 694 e ss. e anche a F. LENZERINI *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 219 e ss. nonché, più di recente, a F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, p. 68.

⁹ Nel senso del diniego di un obbligo a concedere asilo, giacché nel preambolo della Convenzione di Ginevra espressamente si riconosce che "dalla concessione del diritto d'asilo possano risultare oneri eccezionalmente gravi per determinati paesi", v., in particolare, M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007, p. 214.

¹⁰ Esemplari le parole espresse dal Padre costituente De Vita: "Occorre equilibrare diritti e doveri. È stato giustamente detto che il diritto senza dovere fa il padrone, che il dovere senza diritto fa il servo. Equilibrando il diritto e il dovere si fa l'uomo veramente libero. In questo equilibrio è tutto un mondo nuovo, e raggiungerlo è la grande missione di questo secolo". Atti dell'Assemblea costituente, seduta 10 settembre 1946, p. 25, reperibile all'indirizzo internet <http://www.banchedati.camera.it/AssembleaCostituente>.

condizione di rifugiato (art. 1) e poi rimettendo al singolo Stato ratificante “l’estensione che esso intende attribuire a tale espressione”, la Convenzione ha ben chiaro che già questa operazione definitoria comporta effetti per lo Stato, in particolare “per quanto riguarda gli *obblighi* da esso assunti in virtù della presente Convenzione” (art. 1, lett. B, corsivo nostro), quale innanzitutto quello di verifica dello *status* medesimo.

Vale allora la pena qui ricordare, prima di procedere in un rapido raffronto con le norme costituzionali di altri paesi e in particolare francesi, l’art. 10 cost., comma 3: “*Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*”.

2. *La revisione costituzionale francese.*

Più vicina all’impostazione della Convenzione di Ginevra che si concentra sullo *status* e non sul diritto dell’individuo vuole invece essere la disposizione francese adottata con legge costituzionale del 1993¹¹ volta ad integrare l’attuale Costituzione emanata nel 1958. Questa norma, per la verità denunciata da una parte della dottrina francese come poco chiara¹², stabilisce infatti, in particolare all’art. 53-1, che: “(...) les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif”.

Se sembra fare eco alla disposizione contenuta nel preambolo - ancora oggi vigente stante il richiamo ad esso operato dalla vigente Costituzione - adottato con la Costituzione francese del 1946, pure tenuta fortemente a modello dai nostri padri costituenti, la successiva norma francese in realtà ne stravolge completamente l’essenza.

A differenza della norma preambolare voluta nell’immediato dopoguerra disciplinante un vero e proprio diritto d’asilo¹³ e dichiarata dal *Conseil constitutionnel* in una sentenza del

¹¹ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relativa « aux accords internationaux en matière de droit d’asile », che introduce nel titolo IV della Costituzione (Des traités et accords internationaux) l’unico art. art. 53-1: « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d’asile et de protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l’examen des demandes d’asile qui leur sont présentées ».

« Toutefois, même si la demande n’entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ». Sulla ricostruzione dell’esperienza francese in materia di diritto d’asilo, sotto il profilo della legislazione costituzionale ma anche giurisprudenziale, v. in particolare, L. FAVOREU, P. LOÏC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2011, p.249 e ss nonché F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le droit d’asile enterré à peine découvert*, in *Revue du CURAP*, Université de Picardie, reperibile all’indirizzo internet <http://www.u-picardie.fr>

¹² Sul punto, v. R. DRAGO, *A propos de la révision constitutionnelle*, in *Rev. Adm.*, 1993, p. 454.

¹³ Al par. 4 del Preambolo si afferma infatti che : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d’asile sur les territoires de la République ».

1993 - invertendo un suo precedente orientamento¹⁴ - ‘direttamente applicabile’, avendogli riconosciuta forza costituzionale¹⁵, la disposizione francese del 1993 prevede un diritto d’asilo che sembra configurarsi, al di fuori dei casi di reciprocità con altri paesi europei, come una mera ‘concessione’ della protezione da parte dello Stato.

Concentrandosi sul diritto qui non dello straniero ma delle autorità pubbliche a concedere l’asilo, si vuole lasciare libero lo Stato di decidere in ultimo, in quanto titolare della sovranità, se accogliere o meno sul proprio territorio colui che faccia istanza d’asilo. Tale concessione si traduce peraltro, in particolare secondo la norma introdotta dalla legge del 2006 di integrazione del Codice dell’entrata e del soggiorno degli stranieri e del diritto d’asilo, di recente modificata¹⁶, in un’autorizzazione a soggiornare provvisoriamente nel territorio francese tuttavia ben limitabile, tra i diversi casi elencati nella disposizione codicistica, per ragioni di ordine pubblico¹⁷ e comunque sospesa nel caso di ricorso innanzi alla Corte nazionale del diritto d’asilo¹⁸ (in passato denominata, in maniera sintomatica quanto all’assimilazione di asilo e rifugio, “Commission des Recours des Réfugiés”).

Insomma, per correre ai ripari dinanzi a una giurisprudenza, inizialmente solo amministrativa¹⁹ poi pure costituzionale, che si andava consolidando nell’affermazione di un vero e proprio diritto d’asilo vantato in capo a chi ne faccia appello, che lo autorizzava a dimorare provvisoriamente sul territorio francese in corrispondenza ad un obbligo dello Stato

¹⁴ Nelle sue prime decisioni (Décis. n. 79-109 DC du 09 janvier 1980, n. 80-116 DC du 17 juillet 1980, n. 86-216 DC du 03 septembre 1986), il *Conseil constitutionnel* aveva rifiutato di riconoscere autonomia ed effetto diretto a questo diritto. Limitandosi a rinviare a tal proposito, ai fini della sua attuazione, alle convenzioni internazionali, il diritto d’asilo era ritenuto “un droit d’asile conventionnel” e non un “droit d’asile constitutionnel” come neanche un “droit légiféré”.

¹⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 laddove si afferma «l’application directe du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946» da cui deriva che «le respect du droit d’asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d’une manière générale que l’étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu’à ce qu’il ait été statué sur sa demande». Sul punto v. anche il commento di L. FAVOREU, P. LOÏC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 260 e ss.

¹⁶ Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006, di integrazione del *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile*, article L. 741-4, di recente modificato dalla legge n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 96, come reperibile all’indirizzo internet <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

¹⁷ Più precisamente può essere rifiutata, tra l’altro, se: «la présence en France de l’étranger constitue une menace grave pour l’ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l’Etat».

¹⁸ Regolata dall’articolo L731-2 del *Code de l’entrée et du séjour des étrangers*, succitata come modificato dalla legge n°2007-1631 du 20 novembre 2007 - art. 29 JORF 21 novembre 2007.

¹⁹ Dopo aver adottato una posizione inizialmente uniforme a quella presa dalla Corte costituzionale volta a rinnegare l’esistenza di un diritto soggettivo nel diritto costituzionale francese (v. CE, 27 sept. 1985, *Assoc. France terre d’asile*), il Consiglio di Stato apre per primo la via al cambiamento e afferma l’esistenza di un vero e proprio diritto degli stranieri che invocano lo *status* di rifugiato secondo la Convenzione di Ginevra e, di conseguenza, «les personnes qui sollicitent la qualité de réfugié doivent recevoir des documents leur permettant, après avoir saisi l’Office français de protection des réfugiés et apatrides de séjourner régulièrement en France jusqu’à ce qu’il ait été statué sur leur demande par l’Office et, le cas échéant, par la commission des recours des réfugiés, sauf dans les cas où cette demande a manifestement pour seul objet de faire échec à une mesure d’éloignement susceptible d’être prise à l’encontre d’un étranger déjà entré sur le territoire national et se trouvant en situation irrégulière » (CE, 13 déc. 1991, n. 120560, *Préfet de l’Hérault c. Dakoury et Nkodia*).

di accoglierlo in pendenza della decisione finale sulla domanda²⁰, il revisore costituzionale - pure sulla spinta di diverse critiche mosse alla pronuncia costituzionale del 1993²¹ - ha pensato bene di intervenire al fine evidente di ‘attutire’ la portata del diritto originario.

Come si vedrà però la Francia non è l’unico Paese europeo ad avere innovato - sotto il profilo della tutela del diritto d’asilo, *in peius* - la sua Costituzione. Anche un altro paese è infatti intervenuto e guarda caso sempre nel 1993.

3. Il diritto d’asilo nell’ordinamento italiano.

Tornando alla nostra norma costituzionale, il diritto d’asilo da questa riconosciuto si presenta decisamente più ampio rispetto non solo a quanto poi previsto dalla Convenzione di Ginevra ma alla stessa norma preambolare d’oltralpe del 1946, adottata poco prima della norma italiana – come noto del 1948 – che limitava la titolarità del diritto d’asilo dello straniero solo qualora “perseguitato” e “a causa della sua azione a favore della libertà”.

Di fronte a questi contenuti, i nostri costituenti, consapevolmente, ben conoscendo e discutendo la norma francese, decisero di ampliarne la portata, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, pretendendola come non ristretta ai soli casi di colui che è “perseguitato” – come disposto non solo nel preambolo francese ma anche nel diritto internazionale - e per le uniche ragioni di “libertà” ma estesa a tutte le ipotesi in cui l’individuo si trovi anche più semplicemente ‘impedito’ di fatto²² - vale a dire concretamente e senza il necessario requisito della persecuzione o quanto meno del fondato timore di essere perseguitato - nell’esercizio delle “libertà democratiche” con ciò volendosi alludere a tutte le libertà garantite nell’ordinamento italiano.

All’indomani della seconda guerra mondiale e di un lungo periodo costellato da persecuzioni politiche e razziali, i Padri costituenti ai quali era ben nota l’esistenza di un’immigrazione per motivi di natura politica o razziale e non soltanto economica, intesero assicurare l’asilo - in riferimento all’esercizio delle libertà democratiche come garantite dalla Costituzione italiana - a tutti coloro ai quali quell’esercizio fosse stato negato, indipendentemente dall’appartenenza politica e a prescindere dalla reale persecuzione o dal timore di persecuzione.

²⁰ Espressamente si dichiara nella sentenza n° 93-325 DC che : « Le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l’examen de la situation des demandeurs d’asile qui relèvent de cet alinéa c’est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ».

²¹ Vedi, in proposito, per un’attenta ricostruzione quanto alle critiche mosse dalla dottrina e in merito al parere del *Conseil d’État*, anche in chiave comparatistica, L. GRASSO, *L’asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in *DPCE*, 2012, p. 1598 e ss.

²² V., in proposito, C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di) – Diritto Costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, p. 222, per il quale la disposizione costituzionale “non si limita ad offrire asilo a chi sia colpito o perseguitato perché sostenitore di idee, e tendenze politiche, ritenute degne di approvazione, ma considera perseguitato, colpito e meritevole di asilo chiunque sia cittadino di paese nel quale non siano *effettivamente* riconosciute le fondamentali libertà democratiche dell’uomo” (corsivo nostro).

Non vi è chi non veda però qui una certa velleità ideologica, un'aspirazione impossibile da raggiungere se non a costi economici per il Paese decisamente elevati e per la verità la videro anche i padri costituenti.

Sin da subito furono forti le preoccupazioni manifestate in Assemblea Costituente al punto che al fine di evitare situazioni difficili da gestire (come quella descritta proprio da uno dei costituenti, Nobile: “domani potrebbero battere alle nostre porte migliaia di profughi politici di altri Paesi e noi saremmo costretti a dar loro asilo senza alcuna limitazione, quando restrizioni potrebbero venir consigliate anche da ragioni di carattere economico”²³) si puntualizzò nello stesso art. 10 che lo straniero ha sì diritto d’asilo ma “alle condizioni stabilite dalla legge”, quasi a volergli attribuire una valenza programmatica²⁴ e comunque rimettere al futuro legislatore il problema dei ‘limiti’.

Ecco, quando si parla di compromesso costituzionale, proprio questo è un esempio di mediazione tra posizioni più e meno ‘garantiste’ che tuttavia costò al nostro Paese un lungo periodo di ‘immobilismo’ e inattività del legislatore che si astenne dall’intervenire in materia a fronte di una giurisprudenza che invece sosteneva l’immediata applicazione dell’art. 10, sia pure assimilando l’asilo allo *status* di rifugiato, *status* questo in realtà, come visto - avendo contenuti più ristretti - costituente solo una *species* del *genus* del diritto d’asilo.

3.1 La normativa di attuazione

In assenza di un testo organico in materia, le prime previsioni veramente significative, sia pure isolate, sono state dettate solo nel 1990 a partire dalla legge nota come legge Martelli²⁵ - oggi in vigore nei soli art. 1²⁶, 1-sexies²⁷ e 1-septies - che si riduceva a recepire, assimilando lo *status* dell’asilante a quello del rifugiato, la definizione proposta dalla Convenzione di Ginevra e a dettare alcune norme sulle procedure da applicarsi alle frontiere e sul

²³ Atti dell’Assemblea costituente, seduta 11 aprile 1947, p. 2725, reperibile all’indirizzo internet <http://www.banchedati.camera.it/AssembleaCostituente>.

²⁴ In questo senso, tra i primi, *ex multis*, v. M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 1951, p. 32 e ss. In seguito, v. anche P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1989, p. 838, per il quale è possibile conseguire una concreta attuazione del diritto d’asilo solo nel caso di adozione di leggi che ne stabiliscano le modalità di applicazione, in qualche modo limitandolo. In senso contrario, per cui la legge non può limitare ma solo fissare le condizioni e gli obblighi di soggiorno, v. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 35.

²⁵ Legge 28 febbraio 1990, n. 39 di conversione del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante “norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo”. Volta a porre rimedio al proliferare di immigrati irregolari, tale legge in una sola norma, l’art. 1, sia pure composto di diversi commi, ha inteso, oltre che adottare previsioni precise quanto alla procedura, rimuovere le limitazioni geografiche e temporali adottate dall’Italia nel 1954, alla ratifica della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

²⁶ Questo articolo disciplina la procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, come modificato dagli artt. 31 e 32 della legge 30 luglio 2002, n. 189. Gli artt. da 1-bis a 1-quinquies sono stati abrogati da d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25.

²⁷ Relativo al Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati.

refoulement, oltre ad istituire il “Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo” di cui all'articolo 1-*septies*, tuttora operante.

Attenzione, ancora una volta tuttavia scarsa, all'asilo fu prestata pure dal Testo Unico del 1998 recante “disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”²⁸ limitandosi questo a introdurre il soggiorno “per motivi umanitari”²⁹ come poi propriamente previsto anche nel suo regolamento di attuazione, nella versione aggiornata al 2004³⁰ (art. 11, comma 1, c *ter*). Soprattutto, più di recente, è però la legge del 2002³¹, oggi ancora vigente (è tuttora in discussione il progetto di riforma legislativa) e meglio conosciuta come Legge Bossi-Fini - in seguito modificata dai decreti del 2007 e 2008³² (quest'ultimo in particolare istituyente le “Commissioni territoriali per il

²⁸ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche.

²⁹ Introdotta dal d.lgs. n. 286/98 - Testo unico immigrazione – tale figura è disciplinata in particolare all'art. 5, c. 6 laddove si stabilisce che “il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali (...) salvo che ricorrano seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. In questi casi è previsto un permesso rilasciato dal questore allo straniero che pur non presentando i requisiti previsti dalle norme internazionali e comunitarie per l'ingresso e il soggiorno in uno degli Stati contraenti, non può vedersi comunque rifiutato o revocato il permesso di soggiorno. Disciplinata in seguito anche dal cosiddetto Decreto Procedure (di cui alla nota 32), all'art. 32, comma 2, si puntualizza qui che è umanitaria la protezione concessa al cittadino di un paese terzo che per gravi motivi - tra cui possono essere comprese “gravi discriminazioni e repressioni di comportamenti non costituenti reato per l'ordinamento italiano, riferiti al richiedente e che risultano oggettivamente perseguibili nel Paese di origine sicuro” - si trovi in oggettive e gravi condizioni personali che non consentono l'allontanamento e a cui, qualora non venga accolta la domanda di protezione internazionale, viene rilasciato dal questore un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del d.lgs. n. 286/1998.

³⁰ DPR 31 agosto 1999, n. 394. “Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”, e successive modifiche, in particolare, del DPR 18 ottobre 2004, n. 334.

³¹ Legge 30 luglio 2002, n. 189.

³² D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, entrato in vigore il 19 gennaio 2008, sull'attribuzione della qualifica di rifugiato (detto Decreto Qualifica), in attuazione della Direttiva 2004/83/CE (recante “norme minime sulla attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta”) - quest'ultima peraltro abrogata dalla Direttiva 2011/95/UE “recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta”, come poi recepita dal D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 - nonché D.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008, entrato in vigore il 3 marzo 2008, sulle procedure di asilo (cosiddetto Decreto Procedure) che dà invece attuazione alla Direttiva 2005/85/CE (recante “norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato e riforma tutte le procedure di presentazione, esame amministrativo e tutela giurisdizionale sulle domande di asilo”) – anche questa da ultimo abrogata, per gli Stati membri vincolati con effetto dal 21 luglio 2015, dalla nuova Direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 recante “norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)” – come poi modificato dal decreto-legge 22 agosto 2014, n. 119, agli art. 4 e 12, ovvero nelle disposizioni regolanti l'iter delle richieste di protezione internazionale presentate dai cittadini stranieri in Italia, esaminate dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale competente.

riconoscimento della protezione internazionale”³³) - a disciplinare, insieme al DPR del settembre 2004, entrato in vigore dall’aprile 2005³⁴, il fenomeno.

Negli articoli 31 e 32 occupandosi dell’asilo come fenomeno da limitare e in qualche modo da scoraggiare, specie nel caso di abuso delle richieste di asilo da parte dei c.d. profughi apparenti, questo testo ha inteso restringere la portata del diritto garantito costituzionalmente introducendo, in particolare, strumenti come l’istituto del “trattenimento dei richiedenti asilo”, stabilito presso i centri di temporanea permanenza e accoglienza o presso i centri di identificazione (oggi sostituiti, i primi, dai CIE-centri di identificazione ed espulsione secondo la legge n. 125/2008, i secondi, dai CARA-Centri di accoglienza per richiedenti asilo, non facendo più la procedura introdotta dal d.lgs. n. 25/2008 riferimento al “trattenimento”, se non per alcuni casi di espulsione, ma solo all’accoglienza). Sulla base di queste disposizioni è così intervenuta poi la normativa del 2005³⁵ che, nel confermare la previsione dei centri di identificazione³⁶, reca anche una nuova disciplina sulla procedura per l’accoglienza degli “stranieri richiedenti il riconoscimento dello *status* di rifugiato” nel territorio nazionale al fine di dare attuazione alla Direttiva 2003/9/CE - recante “norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo”, oggi tuttavia ‘refusa’³⁷ dalla più recente direttiva del 2013³⁸ - nell’ottica di “una politica comune nel settore dell’asilo”.

³³ Con il succitato decreto-legge n. 119/2014, dal 23 agosto 2014 le dieci Commissioni territoriali oggi presenti (Bari, Caserta, Crotone, Foggia, Gorizia, Milano, Roma, Siracusa, Torino e Trapani) sono aumentate, al fine di accelerare l’esame delle domande di protezione internazionale, a venti e insediate presso le Prefetture che forniranno il necessario “supporto organizzativo e logistico” (art. 4, comma 1), con il coordinamento del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’interno. Per una puntuale disamina del procedimento innanzi alle Commissioni si rinvia, in particolare, a R. FINOCCHI GHERSI, *Il diritto di asilo in Italia e in Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4/2011, specificamente, p. 937 e ss.

³⁴ Con il DPR 16 settembre 2004, n. 303 è stato approvato il regolamento attuativo della legge Bossi-Fini con riferimento alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

³⁵ D.lgs. 30 maggio 2005, n. 140, recante “Attuazione della direttiva n. 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri” (oggi refusa dalla Direttiva 2013/33/UE). Su alcuni dei principali articoli riguardanti in particolare le attività delle Prefetture e delle Questure nonché sulla norma di cui all’art. 5 disciplinante i criteri da utilizzarsi ai fini della valutazione della sufficienza dei mezzi di sussistenza stabiliti nella Tabella A allegata alla Direttiva del Ministro dell’Interno pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 17 marzo 2000, n. 64, per il soggiorno per turismo per un periodo non superiore a sei mesi dalla presentazione della domanda di asilo, v. specificamente Circolare ministeriale 22 ottobre 2005, in <http://www.serviziocentrale.it>.

³⁶ Oggi la normativa contenuta nel testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, prevede l’accoglimento nei CIE per un periodo massimo di 18 mesi (art. 14, comma 5). Tuttavia è in fase di promulgazione la Legge europea 2013-*bis* – recante “Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea” – approvata il 21 Ottobre 2014 e volta a modificare il testo unico dell’immigrazione e così, tra l’altro, ridurre tale termine a 90 giorni (art. 3, lett. e). L’art. 3, intervenendo su diverse disposizioni in materia di espulsione dello straniero irregolare per adeguarle al diritto dell’UE, provvede peraltro anche in merito allo straniero già trattenuto in carcere stabilendo che “lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni indicato al periodo precedente, può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni” (art. 3, lett. e).

³⁷ Secondo l’Accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione del 28 novembre 2001, punto 2 “la rifusione consiste nell’adozione di un nuovo atto normativo che integra in un unico testo le

Secondo la logica della “deterrenza” si muove del resto anche la normativa del 2009, meglio nota come ‘pacchetto sicurezza’³⁹: apportando modifiche a ben 38 disposizioni in materia di immigrazione, la sua disciplina ha visto l’ingresso del reato di clandestinità (o meglio, di “soggiorno irregolare”)⁴⁰, regolato con diverso regime e sanzione a seconda della fattispecie⁴¹ e oggi comunque depenalizzato dalla legge delega al governo emanata nel 2014⁴² a seguito della pronuncia di incompatibilità con la Direttiva c.d. ‘Rimpatri’ emessa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea⁴³ che peraltro ha decretato in maniera non dissimile nel caso della normativa francese⁴⁴.

modificazioni sostanziali che introduce in un atto precedente e le disposizioni immutate di quest’ultimo. Il nuovo atto normativo sostituisce e abroga il precedente”. L’Accordo interistituzionale è reperibile all’indirizzo internet <http://www.europa.eu>.

³⁸ Direttiva 2013/33/UE, cit.

³⁹ Legge 15 luglio 2009, n. 94, recante “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”.

⁴⁰ Oggetto di forti critiche mosse anche dalla dottrina ritenendolo un’incriminazione che punisce non “un fatto ma una condizione personale” - cfr. L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, p. 15 ma v. anche L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, pp. 9 e ss. - il “reato di clandestinità” di cui all’art. 10 bis ha visto sollevate diverse questioni di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale che tuttavia le ha giudicate non fondate, respingendo le osservazioni proposte dai giudici di merito: se questi, tra l’altro, criticavano la norma interessata giacché volta a sanzionare un “modo di essere” della persona, la Consulta, al contrario, ha ritenuto che si tratta di norme che puniscono “uno specifico comportamento trasgressivo delle norme vigenti”, essendo la condizione di clandestinità non “un dato preesistente ed estraneo al fatto” ma, al contrario, “la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale illiceità”. Corte cost. 5 luglio 2010, n. 250. In una sentenza di poco precedente la stessa Corte ha però riconosciuto l’illegittimità costituzionale dell’articolo 61, n. 11-bis, del codice penale, inserito nel codice dalla legge 24 luglio 2008, n. 125 (di conversione del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92) che prevedeva come aggravante “l’aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale”.

⁴¹ Le fattispecie, considerate dalla Corte costituzionale diverse per “struttura e disvalore”, vedono infatti il relativo reato punito con ammenda, nel caso di “ingresso” o anche di “trattenimento” in violazione delle norme che stabiliscono le condizioni generali di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato (art 10 bis), oppure con la reclusione sino ad un anno nell’ipotesi di mancata ottemperanza all’ordine di allontanamento (commi 5-ter e 5-quater dell’articolo 14). A parere della Corte costituzionale il legislatore può invero ben “includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie distinte per struttura e disvalore, spettando in tali casi al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale”. Corte cost. n. 250/2010, cit.

⁴² In particolare, secondo l’articolo 2, comma 3, lettera b, della legge 2014, n. 67 (contenente “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio”) il Governo dovrà “abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall’articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia”. In sostanza viene depenalizzato solo il primo ingresso mentre in tale ipotesi il cittadino di paesi terzi sarà comunque colpito dall’ordine di allontanamento, in conformità alla direttiva europea, se si trova senza permesso di soggiorno. Inoltre, continuerà a commettere reato chi non obbedisce a un foglio di via, chi rientra dopo un’espulsione o chi viola altre disposizioni contro gli irregolari, come ad esempio l’obbligo di firma in Questura o la consegna del passaporto.

⁴³ La ‘Direttiva Rimpatri’ (Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, recante “norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”) è stata recepita nel nostro ordinamento dalla legge 2 agosto 2011, n. 129 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 23

In ragione di un «quadro normativo (...) che vede regolati in modo diverso, anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.), l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. «migranti economici»⁴⁵, tale disciplina non tocca anche i richiedenti asilo, riguardando al contrario esclusivamente l'immigrato per motivi economici, quale cittadino non appartenente all'Unione europea o l'apolide. Nel rispetto della distinzione tra le due figure dell'asilante e

giugno 2011, n. 89, recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari. La normativa europea prevede per il cittadino di un Paese terzo che soggiorni irregolarmente sul territorio di uno Stato membro un atto di allontanamento, accompagnato da un termine, compreso tra i 7 e i 30 giorni, necessario per la «partenza volontaria» (termine tuttavia escluso qualora ricorrano determinate condizioni, quali ad es. pericolo di fuga, domanda di soggiorno regolare respinta perché infondata o fraudolenta, pericolo per l'ordine pubblico, potendo in tali ipotesi l'autorità adottare provvedimenti privi di un termine ad hoc per l'espulsione). È solo nel caso in cui il soggetto destinatario dell'ordine di espulsione non lo rispetti, che è consentito allo Stato membro, secondo l'art. 8, di procedere all'allontanamento, prendendo tutte le misure necessarie, comprese, «in ultima istanza», misure coercitive, che devono comunque essere «proporzionate e non eccedere un uso ragionevole della forza» e in ogni caso «in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato». Alla luce della chiara normativa europea, la Corte di giustizia UE ha perciò stabilito che «gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale». L'eventuale disciplina penale non può insomma «compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115, privando così quest'ultima del suo effetto utile», cosa che invece si verifica laddove lo Stato stabilisca una sanzione detentiva a carico dello straniero da eseguirsi durante la procedura di rimpatrio, o addirittura prima ancora che questa abbia inizio. CGUE, sent. 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11 PPU. V. sul punto, A. COSSIRI, *La repressione penale degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, in *forumcostituzionale.it*/ nonché R. NANIA, *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2012, in particolare, p. 391 e ss.

⁴⁴ L'art. L. 621-2 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers*, ha introdotto, insieme all'ammenda di 3750 euro, la pena di un anno di reclusione a carico dello straniero che sia entrato o soggiorni illegalmente in Francia. Pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale con il quale la Corte d'appello di Parigi aveva sollevato la questione della compatibilità della norma interna con la direttiva 2008/115/CE, la Corte di giustizia UE ha stabilito che se è vero che la direttiva «non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di un reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione», l'applicazione di una normativa penale non può essere «tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile». Sulla base di tale premessa la Corte ha decretato l'incompatibilità con la normativa europea della pena detentiva adottata in luogo di misure coercitive previste dalla stessa direttiva giacché questa finisce per «ostacolare l'applicazione delle norme e delle procedure comuni stabilite dalla direttiva 2008/115 e ritardare il rimpatrio, pregiudicando quindi, alla stessa stregua della normativa oggetto della causa sfociata nella citata sentenza *El Dridi*, l'effetto utile di detta direttiva». CGUE, Grande sezione, sent. 6 dicembre 2011, *Achughbabian*, causa C-329/11.

⁴⁵ Corte cost. n. 5/2004, cit. nonché ordinanze n. 302 e n. 80 del 2004 come richiamate da Corte costituzionale n. 250/2010, cit.

del semplice immigrato voluta dalle norme interne ma anche sopranazionali, lo straniero irregolare che intenda valersi della normativa sul soccorso al rifugiato e la protezione internazionale di cui al d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 (Attuazione della Direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta) resta perciò espressamente escluso dall'applicazione della normativa 'pacchetto sicurezza': al comma 6 dello stesso art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998 si dispone invero la "sospensione del procedimento penale" per il reato di clandestinità nel caso di presentazione della relativa domanda e, nell'ipotesi di suo accoglimento, la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere. Peraltro analoga pronuncia è prevista, altresì, nel caso di rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, e cioè quando, pur in presenza delle condizioni ostative indicate, ricorrano "seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano".

4. *Il diritto costituzionale tedesco.*

Mentre negli anni precedenti la prima legge restrittiva varata soltanto nel 2002 l'Italia introduceva, a cavallo tra il 1990 e 1998, la figura dell'asilo umanitario e attraverso atti isolati e improvvisati - soprattutto decretazione d'urgenza e necessità - cercava di far fronte all'allarme sociale scatenato dalle gravi situazioni di emergenza susseguite numerose a distanza di pochi anni - a partire da quella verificatasi in Albania e dall'esodo di massa del 1990 e poi, nel 1991, degli sfollati a causa degli eventi bellici delle repubbliche dell'ex Jugoslavia nonché ancora nel 1994 degli sfollati del Ruanda, mentre di nuovo nel 1997 si è dovuto affrontare l'esodo degli sfollati dall'Albania - la Germania nel 1993⁴⁶ ha pensato bene di intervenire per modificare la propria Legge Fondamentale (Grundgesetz).

Adottata, come è ben noto nel 1949, dal "consiglio parlamentare" sulla base di indicazioni per la sua elaborazione 'imposte' dalle potenze alleate occupanti⁴⁷ - in particolare quanto alla

⁴⁶ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetz* vom 20 dezember 1993. Vedi sul punto, W. KANNENBERG, "La legge sull'asilo politico in Germania", reperibile all'indirizzo internet <http://www.uil.it/immigrazione/legstedesca.htm>

⁴⁷ Gli alleati, con dichiarazione del 5 giugno 1945, assunsero la suprema potestà di governo in Germania, instaurando un regime di occupazione bellica sulla base dei principi politici fondamentali poi definiti nel trattato di Potsdam del 2 agosto del 1946 (ovvero: 1. demilitarizzazione, 2. deideologizzazione 3. denazificazione, 4. democratizzazione del paese). A seguito dello smembramento della Germania in due Stati, avviata dalle Costituzioni dei *Länder* del 1946 e dalla formazione della "bizone" sotto spinta anglo-statunitense nel 1947, in attuazione di una decisione presa dalla Conferenza di Londra il 7 giugno 1948 - che vedeva riuniti i rappresentanti dei Paesi alleati (Gran Bretagna, Stati Uniti, Francia, Olanda, Belgio e Lussemburgo) - fu convocata l'Assemblea costituente - ovvero, il "Consiglio parlamentare" - chiamata a dar vita a un sistema governativo federale, "che è la più idonea all'eventuale ristabilimento dell'unità tedesca oggi infranta e che garantirà autorità e conterrà le garanzie dei diritti e delle libertà individuali", secondo il promemoria del 22 novembre 1948 al Consiglio parlamentare, come integralmente riportato da C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Carocci, Roma, 1990, p. 158 e ss. L'autore, nella ricostruzione del processo di costruzione della legge fondamentale, in particolare quanto ai lavori del Consiglio parlamentare - eletto dai parlamentare dei *Länder* nelle zone di occupazione bellica statunitense, francese e

struttura di governo di tipo federale e alla garanzia dei diritti umani e, prima di ogni altro, di quello relativo al libero sviluppo della personalità di cui poi all'art. 2 (e comunque alla maggior parte dei diritti fondamentali, iscritti in seguito in un apposito elenco, agli artt. 2-19, quali espressione di un'ampia tutela della personalità umana nelle sue manifestazioni essenziali) - il Grundgesetz, nella sua normativa sul diritto d'asilo già da diverso tempo era bersaglio di critiche: la disposizione di cui all'art. 16 si mostrava infatti talmente ampia e generale da autorizzare quasi automaticamente l'accesso nel territorio tedesco dello straniero che invocava l'asilo.

Per far fronte alla forte impennata di richieste d'asilo pure avanzate nel suo territorio, il revisore costituzionale intese così apportare modifiche significative alla normativa costituzionale concernente lo *status* di asilo politico con il fine evidente di porre dei veri e propri "filtri"⁴⁸ alle frontiere e ridurre il numero delle domande con i costi connessi.

Se infatti l'art. 16 nel suo originario testo prevedeva semplicemente al secondo comma che: "(...) i perseguitati politici godono del diritto di asilo", così garantendosi un diritto d'asilo sostanzialmente incondizionato, nei primi anni novanta del secolo scorso la stessa disposizione venne radicalmente riformata e riscritta. Si introdusse invero un nuovo art. 16 a) appositamente dedicato al diritto d'asilo che, se sembra confermare l'ampia garanzia precedente laddove si continua a disporre al primo comma che i "perseguitati politici godono del diritto di asilo", in realtà è volto a restringerne fortemente la portata nei ben 4 commi successivi.

In particolare fu qui che fece il suo ingresso per la prima volta, specificamente al secondo comma, quel principio nella sostanza definibile dello "stato di primo ingresso" - oggi applicato anche in Italia per effetto del "Regolamento di Dublino" UE del 2003⁴⁹, a sua volta evidentemente recettivo del diritto tedesco - secondo cui non può più appellarsi al diritto d'asilo costituzionale ma solo alla Convenzione sullo stato giuridico dei rifugiati e alla Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con le limitazioni che tali atti comportano, colui che raggiunga la Germania dagli Stati membri dell'Unione europea e da altri Stati in cui è garantita l'applicazione degli stessi accordi ("paesi di transito sicuro"). Rispetto ai restanti paesi si dispose poi di rimettere al successivo intervento del legislatore la determinazione di quelli ai quali sarebbe stato possibile applicare lo stesso principio. Ulteriori restrizioni derivarono infine dall'introduzione di una "presunzione" di sicurezza per le persone provenienti da "paesi di origine sicura": individuati, sempre successivamente dal legislatore, sono sicuri quei paesi che garantiscono,

inglese – ben sottolinea il carattere 'cogente' delle indicazioni "la cui violazione avrebbe comportato il rifiuto dei governatori militari di autorizzare la procedura di ratifica affidata, nelle loro intenzioni, ad un referendum popolare da svolgersi in ciascun *Land*". È del resto in quest'ottica che la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca è notoriamente considerata una Costituzione eteronoma o imposta.

⁴⁸ Così, P. SOLDINI, *La Germania mette filtri alla frontiera. Norme più severe per il diritto d'asilo ai perseguitati politici*, in *L'Unità*, 8 dicembre 1992, p. 4.

⁴⁹ Il Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, posto in sostituzione della Convenzione di Dublino del 1990, "stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo".

sulla base “delle proprie leggi, della loro applicazione e della situazione politica del paese”, che non si verifichino né persecuzioni politiche, né pene o trattamenti inumani o degradanti, cosicché “si ritiene che uno straniero proveniente da un tale stato non è perseguitato, a meno che non presenti elementi che giustificano l'ipotesi che egli sia politicamente perseguitato, contrariamente a questa ipotesi” (art. 16a, comma 3, GG).

In ogni caso, in queste ipotesi i richiedenti asilo venivano perciò di fatto rispediti indietro e costretti quindi a presentare la loro domanda nel primo paese d'ingresso: guarda caso soprattutto i paesi del mediterraneo come il nostro.

5. *Alcune osservazioni finali. La normativa di attuazione a confronto.*

Questa rapida trattazione comparata pone in evidenza, a confronto delle grandi dichiarazioni internazionali - quale, ad esempio, la Convenzione di Ginevra - che pure sembrano accordare grande rilevanza alla protezione dei rifugiati, un atteggiamento degli Stati progressivamente sempre più riluttante a ‘concedere’ asilo e ancor prima a riconoscere effettivamente il diritto d’asilo.

Di fronte a un fenomeno in continua crescita, le risposte elaborate dai Paesi qui esaminati – sia pure in tempi diversi ma riconducibili comunque ad una medesima epoca storica – sono state piuttosto uniformi: ovunque si è manifestata la volontà soprattutto di modificare *in peius* l’assetto dell’accesso all’esercizio del diritto di asilo, in alcuni casi innanzitutto attraverso il sovvertimento ‘formale’ delle stesse disposizioni volute dai costituenti - si pensi alla Francia e Germania - ma anche più semplicemente - come in Italia - grazie ad una normativa diretta a reprimere l’immigrazione degli asilanti nonché incrementando i respingimenti alla frontiera.

Da diverso tempo – come visto, a partire dal 1993 - Paesi come la Francia e la Germania hanno iniziato a trasformare il diritto soggettivo costituzionale dell’individuo straniero in un diritto invece dello Stato a concedere asilo in maniera peraltro piuttosto discrezionale, mentre l’Italia gradualmente si è mossa in modo da svuotare ‘sostanzialmente’ la norma costituzionale sul diritto all’asilo.

Sulla base degli ‘stravolgimenti’ del dettato costituzionale, sono state così emanate di volta in volta, da più Paesi della UE, norme sempre più restrittive, spesso adottate attraverso leggi specificamente dedicate all’asilo, laddove, a tutt’oggi, dei paesi qui esaminati, solo l’Italia risulta ancora sprovvista di una vera e propria legge organica in materia, continuando a caratterizzarsi per un quadro legislativo che traspone in maniera incompleta, talora pure confusa, la normativa europea.

Ad intervenire *in primis* è stata quindi la Germania che, sulla base dell’art. 16a, comma 2 della Legge fondamentale, ha previsto, nella prima legge federale dedicata appositamente all’asilo nel 1993⁵⁰, tra le cause di rifiuto dell’asilo appunto quella dello straniero che arrivi

⁵⁰ All’art. 18a, Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) del 27 luglio 1993 e anche all’art. 26a relativo specificamente allo Stato di transito sicuro. Nel caso lo straniero arrivi da uno Stato sicuro, l’ingresso in Germania gli verrà

da un Stato di transito sicuro (oppure qualora questi può rappresentare una “minaccia pubblica a causa di una condanna definitiva alla detenzione di almeno 3 anni nella Repubblica federale di Germania a causa di un reato particolarmente grave e se ha lasciato il paese meno di tre anni prima”).

Non diversamente si può d'altronde osservare successivamente per la Francia laddove il legislatore, negli anni a cavallo tra il 2003 e 2006, ha dettato diverse disposizioni volte a limitare fortemente la concessione della protezione, riconoscendo la possibilità all'organo incaricato della protezione dei rifugiati – l'OFPRA, *Office français de protection des réfugiés et apatrides* – di opporre rifiuto alla domanda d'asilo proposta da un richiedente in diversi casi. Si introduce così, in particolare, il contestato concetto “d'asilo interno”⁵¹ - come peraltro già previsto in precedenza in ambito europeo quale “ricollocazione interna”⁵² e tuttavia non accolto nel nostro ordinamento⁵³ - in virtù del quale la domanda può essere rigettata qualora il richiedente potrebbe avere accesso alla protezione su una parte del territorio del proprio Paese di origine purché “l'interessato non abbia alcuna ragione di temere di essere perseguitato o di essere esposto ad una minaccia grave e qualora sia ragionevole pensare che possa rimanere in questa parte del Paese”⁵⁴. Seguendo poi l'esempio

rifiutato direttamente al valico della frontiera (art. 18, comma 2, AsylVfG) oppure verrà espulso in quel paese, se è stato fermato in prossimità del confine ai sensi dell'art. 18, comma 3, AsylVfG.

⁵¹ Sul punto, M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel "svincola" il legislatore: l'abbandono dell'effet cliquet non esclude una tutela rafforzata del droit d'asile*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, n. 1/04, p. 228 ss.

⁵² Previsto all'art. 8 della Direttiva qualifiche del 2004, questo strumento consente agli Stati, previa attenta valutazione che va dal luogo di rimpatrio al luogo di destinazione, di concludere che una persona a rischio nella sua regione di origine può essere sicura in un'altra zona del proprio paese di provenienza e, quindi, non avere bisogno di protezione internazionale. V., in proposito, in particolare, CEDU, sentenza 28 giugno 2011, *Sufi e Elmi c. Regno Unito* (nn. 8319/07 e 11449/07), laddove la Corte ha stabilito che, in linea generale, l'articolo 3 CEDU non impedisce agli Stati membri di ricorrere alla possibilità della ricollocazione interna, a condizione tuttavia che il rimpatriato non sia esposto a un rischio concreto di maltrattamenti durante il viaggio o al momento dell'accettazione o del suo insediamento nella zona in questione. La Direttiva 2011/95/UE, peraltro, modifica la pregressa disposizione sulla protezione interna al Paese di origine di cui all'art. 8, chiarendo che l'esclusione della protezione è condizionata dal fatto che il rimpatriato possa legalmente e senza pericolo recarsi su quella parte di territorio e si possa ragionevolmente supporre che vi si stabilisca. Si introduce così l'obbligo per gli Stati di disporre di informazioni precise e aggiornate, provenienti da fonti adeguate (in particolare UNHCR e Ufficio europeo di sostegno per l'asilo) sulla situazione in quella parte del Paese di origine e si elimina, infine, il paragrafo 3, che prevedeva la possibilità per gli Stati di applicare il concetto di protezione interna “nonostante ostacoli tecnici al ritorno nel Paese di origine”.

⁵³ Tale disposizione non è stata invero recepita dal d.lgs. n. 251/2007. V. in proposito, da ultimo, anche Corte cass., Sez. VI Civ., 6 agosto 2013, n. 13172. La Suprema Corte accoglie il ricorso avverso una pronuncia della Corte di Appello di Roma, ribadendo, in linea col suo precedente orientamento – specificamente, Corte Cass. 16 febbraio 2012, n. 2294 - il principio per cui l'Italia non ha recepito l'art. 8 della Direttiva 2004/83/CE, così che nel nostro paese non è possibile negare la protezione internazionale sulla base della possibilità per il richiedente asilo di trasferirsi in una altra zona (non pericolosa) del suo paese di origine.

⁵⁴ L'art. L. 713-3 del *Code de l'entrée et du séjour*, cit., introdotto dalla Loi 2006-911 del 24 luglio 2006 « relative à l'immigration et à l'intégration », dispone letteralmente che « peut être rejetée la demande d'asile

tedesco anche qui fa il suo primo ingresso la presunzione di sicurezza sottesa all'idea di "Pays d'origine sûr": il richiedente se è cittadino di un Paese incluso in una lista di "Paesi sicuri" - intendendosi per tali quei Paesi nei quali siano rispettati i principi di difesa dei diritti e delle libertà fondamentali, di democrazia e di stato di diritto⁵⁵ - può infatti in tale ipotesi vedersi respinta la domanda d'asilo avanzata.

In questi anni tesi a 'difendersi' dal fenomeno degli immigranti, anche qualora 'politici', non sono neanche mancate - oltre a misure volte a reprimere con rigore il fenomeno dell'immigrazione quali, ad esempio, i piani per il rimpatrio di soggetti, benché cittadini dell'UE, tuttavia disoccupati, previsti in particolare ultimamente, nel 2014, in Gran

d'une personne qui aurait accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine si cette personne n'a aucune raison de craindre d'y être persécutée ou d'y être exposée à une atteinte grave et s'il est raisonnable d'estimer qu'elle peut rester dans cette partie du pays. Il est tenu compte des conditions générales prévalant dans cette partie du territoire, de la situation personnelle du demandeur ainsi que de l'auteur de la persécution au moment où il est statué sur la demande d'asile ». Nell'effettuare tale valutazione, l'OFPR, secondo questa disposizione, deve cioè tenere in considerazione la variabile oggettiva delle "condizioni generali prevalenti" nella parte di territorio in questione, ed una soggettiva, ossia la "situazione personale" del richiedente come anche quella "dell'autore della persecuzione al momento della decisione sulla domanda stessa". Su questa norma vedi pure Conseil d'État, Ass., 21 décembre 2012, *Mlle E. F.*, n°332492 (admission fillette au statut de réfugié). In tre sentenze pronunciate il 21 dicembre 2012, il Consiglio di Stato - ponendo termine a una lunga giurisprudenza emessa a partire dal 2009 dalla Corte Nazionale del diritto d'Asilo (CNDA) in merito alla protezione di giovani ragazze nate in Francia e minacciate della mutilazione dei genitali femminili qualora fossero ritornate al loro paese di origine - seppure conferma lo *status* di rifugiato al richiedente, tuttavia, sulla base delle disposizioni di cui all'articolo L. 713-3 del *Code de l'entrée et du séjour*, ne restringe drasticamente le condizioni per la concessione ed esclude qualsiasi protezione internazionale per i genitori se non in casi eccezionali, ovvero se non qualora ricorrano "dubbi gravi, personali e diretti". Il Consiglio di Stato, convalidando il concetto d'asilo interno, riserva così all'OFPR la possibilità di rifiutare lo *status* di rifugiato allorché si verifichi che "il richiedente può avere accesso alla protezione su una parte del territorio del suo paese di origine, nella misura in cui può entrarvi, in modo sicuro, al fine di permanere e condurre una vita familiare normale". V., in proposito, G. CHOLET, *Droit d'asile: Le Conseil d'Etat aux prises avec les mutilations génitales féminines*, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 février 2013.

⁵⁵ Art. L 741-4, come introdotto dalla loi n° 2003-1176 del 10 dicembre 2003 modificante la loi n° 52-893 del 25 luglio 1952 relativo « au droit d'asile », a sua volta modificato dalla Loi n° 2011-672 del 16 giugno 2011 « relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité ». Sulla legittimità costituzionale di tale disposizione è peraltro intervenuto, secondo il controllo preventivo di cui all'art. 61-1 Cost., anche il *Conseil constitutionnel* con la pronuncia n. 2003-485 DC del 4 dicembre 2003 che ha rigettato la questione giacché "la disposition critiquée ne prive le droit d'asile d'aucune garantie essentielle", osservando che la legge introduttiva dell'articolo ben prevede che: « la prise en compte du caractère sûr du pays d'origine ne peut faire obstacle à l'examen individuel de chaque demande ». L'interessato poi, secondo tale normativa, gode del diritto di restare in Francia durante l'esame (come d'altronde stabilisce l'art. L. 742-6 modificato da ultimo dalla Loi n° 2014-891 du 8 août 2014 – art. 31) laddove, infine, l'OFPR non è affatto dispensato dall'obbligo « de procéder à l'audition de l'intéressé dès lors que sa demande ne relève d'aucun des cas mentionnés à ce même paragraphe ». Ancora da ultimo è intervenuto con un'altra decisione - Décision n° 2011-120 QPC dell' 8 aprile 2011 - confermando il precedente orientamento.

Bretagna⁵⁶ - polemiche, talvolta dai toni decisamente accesi. Ne è un esempio quella mossa in particolare dalla Germania nel 2011 rispetto ai “permessi temporanei” italiani – accordati per fini umanitari, nel caso specifico, a migranti tunisini⁵⁷ - giudicati “contrari allo spirito di Schengen”⁵⁸ perché adottati in violazione delle condizioni sancite dal Trattato di Schengen⁵⁹ al fine dell’ingresso di stranieri nei Paesi UE, vale a dire, l’essere in possesso di documenti validi e soprattutto di risorse economiche sufficienti per il proprio sostentamento.

Tutto ciò mentre i flussi migratori vedevano sempre più interessati proprio soprattutto “rifugiati” che fuggivano dalla guerra o da gravi conflitti interni – si pensi, di recente, ai paesi africani del Mediterraneo e a quelli dell’Africa subsahariana quali, ad esempio, il Sudan del sud, il Mali, la Somalia, la Siria, l’Eritrea - oppure ancora dai processi di disgregazione, come in particolare in Libia, da dove peraltro, specie in questi tempi, si stanno verificando la maggior parte delle partenze verso l’Italia.

Un inversione di tendenza – provocata anche da forti ‘bacchettate’ inferte da organismi di giustizia internazionale di cui si dirà a breve - si è tuttavia registrata negli ultimi due anni specificamente in Italia che nondimeno si è trovata coinvolta in un “balletto” di atteggiamenti europei oscillanti tra passi ora rafforzativi ora restrittivi del processo di accoglimento.

L’aumento delle migrazioni causate principalmente dalla grave instabilità politica⁶⁰, ha invero obbligato l’Italia, più colpita dalle crisi migratorie a causa della particolare posizione geografica, a creare d’urgenza - con decreto-legge del 2013 - un Fondo⁶¹ volto appunto a fronteggiare “le esigenze straordinarie connesse all’eccezionale afflusso di stranieri sul

⁵⁶ L’*Immigration Act 2014* (c. 22) adottato il 14 maggio 2014, posto a modifica del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* (c. 41) del 7 Novembre 2002, contiene previsioni sulla legge sull’immigrazione tese in particolare a restringere l’accesso a servizi – quali in particolare quelli bancari o relativi al sistema sanitario pubblico britannico (NHS, National Health Service) - strutture e occupazione ai soggetti aventi lo *status* di immigrato nonché disposizioni sul matrimonio e unione civile che coinvolge cittadini stranieri.

⁵⁷ Nell’aprile 2011 quaranta tunisini furono soccorsi dopo essere stati gettati in mare dagli scafisti che pilotavano il loro barcone, nel tentativo di fuggire alla Guardia costiera italiana che aveva intercettato il natante a poca distanza dall’isola di Pantelleria (Trapani).

⁵⁸ Così, il portavoce del Ministero dell’Interno Jens Teschke. V., in particolare, C. TUCCI, *La Germania: sui migranti l’Italia viola il trattato di Schengen*, in *Il Sole 24 ore*, 8 aprile 2011.

⁵⁹ In particolare, all’art. 5 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell’Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

⁶⁰ Solo nel 2013, ad esempio, sono state presentate 484.600 richieste di asilo in tutta Europa, con un aumento di un terzo rispetto al 2012, come ricorda il recente rapporto dell’Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, ovvero UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2013*, reperibile all’indirizzo internet <http://www.unhcr.org>.

⁶¹ Gestito dal Ministero dell’Interno, tale fondo, in base al decreto-legge 15 ottobre 2013, n. 120 (“recante misure di riequilibrio della finanza pubblica e in materia di immigrazione”) come convertito dalla legge 13 dicembre 2013, n. 137, ha una dotazione di 190 milioni di euro per l’anno 2013. Peraltro, all’art. 1, decreto-legge. n. 120/2013, si è disposto anche un incremento di 20 milioni di euro per l’anno 2013 del “Fondo nazionale per l’accoglienza dei minori stranieri non accompagnati”, istituito con l’art. 23, comma 11, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

territorio nazionale” (art. 1)⁶², in aggiunta al “Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo” istituito dall'art. 1-septies, l. n. 39/1990⁶³ (quest'ultimo, a sua volta, di recente integrato col decreto-legge c.d. ‘stadi’⁶⁴, al fine di “favorire l'ampliamento del Sistema di protezione finalizzato all'accoglienza dei richiedenti asilo e alla tutela dei rifugiati e degli stranieri destinatari di altre forme di protezione umanitaria”). E' sulla base di questa normativa che ‘sembra’ così aver preso avvio - non essendovi nessuna norma espressa che la istituisce se non dichiarazioni verbali del Ministro - l'operazione c.d. *Mare nostrum*, ovvero un'operazione militare ed umanitaria molto impegnativa anche sotto il profilo finanziario - giacché utilizza un numero elevato di personale, diversi mezzi navali ed aerei, anche delle Forze armate, prevedendo poi altresì un supporto economico allo straniero richiedente protezione internazionale⁶⁵ - diretta al rafforzamento del dispositivo di “sorveglianza” ma anche e principalmente di “soccorso” in alto mare. Condannata in passato, come si diceva, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per aver effettuato respingimenti in mare in violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁶, l'Italia, come qualunque altro

⁶² Decreto-legge n.120/2013.

⁶³ Volto, tra l'altro, anche a finanziare le domande di asilo come confermato dal decreto ministeriale del 2013 recante la disciplina del bando SPRAR - Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati - per il triennio 2014-2016. Decreto del Ministero dell'Interno, 30 luglio 2013, in www.serviziocentrale.it.

⁶⁴ Decreto-legge 22 agosto 2014, n. 119, “recante disposizioni urgenti in materia di contrasto a fenomeni di illegalità e violenza in occasione di manifestazioni sportive, di riconoscimento della protezione internazionale, nonché per assicurare la funzionalità del Ministero dell'interno”.

⁶⁵ Secondo la circolare n. 104 dell'8 gennaio 2014 del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno recante “afflusso di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale. Individuazione di strutture di accoglienza” si dovrà, tra l'altro, stipulare una convenzione - “per un importo massimo di 30 euro oltre IVA” - per l'affidamento di un servizio di accoglienza che garantisca a tutti gli stranieri richiedenti protezione internazionale vitto e alloggio, un pocket money di 2,5 euro al giorno e una tessera o ricarica telefonica di 15 euro all'ingresso delle strutture di accoglienza, nonché assistenza e cure sanitarie. Ciò peraltro risponde alla previsione dettata dalla normativa UE che stabilisce che ogni richiedente asilo sprovvisto dei mezzi di sussistenza debba essere accolto e assistito fin da quando manifesta la volontà di chiedere asilo durante l'esame della domanda di asilo (art 17, comma 1 della nuova direttiva accoglienza 2013/33/UE: «gli Stati membri provvedono a che i richiedenti abbiano accesso alle condizioni materiali d'accoglienza nel momento in cui manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale») mentre, dopo il riconoscimento della protezione internazionale, devono essere adottate adeguate misure atte a favorire l'inclusione sociale dei titolari di protezione (Direttiva 2011/95/UE, art. 34).

⁶⁶ Vedi, in particolare, da ultimo, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2010 riguardante il respingimento di circa 200 persone originarie dalla Somalia e dall'Eritrea avvenuto nel maggio 2009, allorché a Sud di Lampedusa, in acque internazionali, le autorità italiane intercettarono la loro imbarcazione e dopo averle trasferite a bordo di un natante italiano, le ricondussero in Libia senza che queste conoscessero la loro destinazione e che potessero proporre domanda di protezione, finendo col mettere a grave rischio di tortura e maltrattamenti. La Corte ha condannato l'Italia per la violazione di 3 principi fondamentali: il divieto di sottoporre a tortura e trattamenti disumani e degradanti (art. 3 CEDU), l'impossibilità di ricorso (art.13 CEDU) e il divieto di espulsioni collettive (art.4 IV Protocollo aggiuntivo CEDU) e ha perciò disposto il versamento di un risarcimento di 15mila euro più le spese a 22 delle 24 vittime. Vedi CEDU, sentenza 23 febbraio 2010, *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, n. 27765/09, reperibile all'indirizzo internet <http://www.hudoc.echr.coe.int>.

Stato parte della CEDU, è invero obbligata - anche se versante in una profonda crisi economica, “stante l’assolutezza dei diritti sanciti dall’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti umani”⁶⁷ - a soccorrere le vite umane in difficoltà nel mare in adempimento della CEDU ma anche di norme internazionali come del principio di non-respingimento della Convenzione di Ginevra (come recepito altresì dall’art. 19 della CEDU), peraltro applicabile – secondo le osservazioni dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (HCR) come riprodotte dalla Corte europea – “ai rifugiati indipendentemente dal loro riconoscimento ufficiale, il che comprende evidentemente i richiedenti asilo il cui *status* non è stato ancora determinato”⁶⁸.

Ambigua appare invece oggi la posizione assunta dall’Unione Europea che pure a partire dal Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, aveva spinto i paesi UE, in particolare attraverso il Programma di Tampere del 1999⁶⁹, verso la comunitarizzazione della materia dell’asilo e dell’immigrazione - addirittura ammettendo una protezione che va oltre quella ricompresa nella definizione della Convenzione di Ginevra⁷⁰ - sino a manifestare, nella

⁶⁷ Al paragrafo 122 della sentenza *Hirsi vs Italia* si legge infatti che: “it does not underestimate the burden and pressure this situation places on the States concerned, which are all the greater in the present context of economic crisis (see *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 223, 21 January 2011). It is particularly aware of the difficulties related to the phenomenon of migration by sea, involving for States additional complications in controlling the borders in southern Europe. However, having regard to the absolute character of the rights secured by Article 3, that cannot absolve a State of its obligations under that provision”.

⁶⁸ Cfr. CEDU, *Hirsi vs Italia*, par. 23, in riferimento alla nota sulla protezione internazionale del 13 settembre 2001 (A/AC.96/951, § 16) dell’HCR che, nell’ambito del suo compito di vigilare sul modo in cui gli Stati parte applicano la Convenzione di Ginevra, ha indicato come fondamentale il principio enunciato all’articolo 33 detto di «non-respingimento».

⁶⁹ Momento fondamentale nel processo di comunitarizzazione dell’asilo, questo Programma individuava le scadenze e le priorità necessarie per dare piena attuazione al Trattato di Amsterdam, attraverso due fasi: la prima, dal 1999 al 2004, prevedeva l’adozione di quattro strumenti normativi diretti a dettare regole comuni relative a diversi aspetti della materia d’asilo (tra cui, norme minime dirette a disciplinare l’accoglienza dei richiedenti asilo nonché quelle volte all’attribuzione della qualifica di rifugiato), la seconda, da concludere entro il 2010, prevedeva una progressiva armonizzazione delle politiche in materia di asilo ma non risulta ancora chiusa.

⁷⁰ La Direttiva Qualifiche (2004/83) sviluppando il diritto della Convenzione di Ginevra, introduce l’innovativa protezione sussidiaria: secondo l’art. 2 è ammesso a tale protezione il “cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all’articolo 15, e al quale non si applica l’articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”. Per un chiarimento sul rapporto di tale protezione con quella offerta dalla Convenzione nonché sui criteri necessari per accordare il relativo *status*, v. la Nota dell’Ufficio delle Nazioni Unite per i rifugiati, *La protezione sussidiaria secondo la “Direttiva Qualifiche” nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, presentata alla Corte di giustizia delle Comunità europee nella causa C-465/07, *Elgafaji*, decisa con sentenza del 17.2.2009, reperibile all’indirizzo internet <http://www.unhcr.it>. Nel caso *Elgafaji* (CGUE, sent. 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07) la Corte di giustizia ha infatti esaminato il caso di una eventuale concessione dello *status* di protezione sussidiaria a un cittadino iracheno privo dei requisiti per la concessione dello *status* di rifugiato, fondando il proprio ragionamento sul significato di “minaccia grave e individuale alla

versione di Lisbona del 2009, la volontà normativa di creare un Sistema europeo comune di asilo (CEAS) per i titolari della protezione internazionale.

5.1 *Segue. La posizione dell'Unione Europea*

Adottando un atteggiamento tipico sinora solo dei Paesi membri, l'Unione Europea sembra in qualche modo, almeno a quanto ci appare da una prima lettura della ultima normativa, meno favorevole al rafforzamento delle politiche di sostegno ai richiedenti protezione: così non solo non sembra porre più alcuna attenzione alla distinzione tra 'accoglienza' e 'trattenimento' ma tanto meno appare disposta a dare effettiva attuazione al principio di condivisione e solidarietà pure espressamente affermato⁷¹ secondo la logica del "*burden sharing*".

Nonostante il Programma di Stoccolma, per il periodo 2010-2014, avesse ribadito la necessità di uno spazio comune di protezione e solidarietà – da fondare su una 'procedura comune' in materia d'asilo e su uno *status* uniforme per coloro che hanno ottenuto la protezione internazionale, basato "su norme elevate di protezione" e su "procedure eque ed efficaci" – e così stabilito che il rafforzamento dei controlli alle frontiere non avrebbe dovuto in alcun modo ostacolare l'accesso "ai sistemi di protezione delle persone che ne hanno diritto, in particolare popolazioni e gruppi che si trovano in situazioni vulnerabili", ove prioritarie erano da considerare "le esigenze di coloro che necessitano di protezione internazionale (...)"⁷², i recentissimi atti europei sembrano smentire questa volontà e, con questa, gli sforzi pure sinora compiuti in tal senso.

Adottati a raffica, proprio in corrispondenza dell'aumento dei flussi migratori degli ultimi anni, questi nuovi strumenti – ovvero le due Direttive 2013/32/CE e 2013/33/CE, il Regolamento Eurodac n. 603/2013⁷³, nonché il Regolamento n.604/2013, che modifica il

vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale", di cui all'articolo 15, lettera c), della direttiva qualifica e ammettendone un proprio ambito di applicazione. In dottrina, si rinvia, in particolare, a B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.archivio.rivistaaic.it>

⁷¹ Oggi formalizzato, specificamente quante alle "politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione" (capo 2), nell'art. 80 del Trattato dell'Unione europea laddove si stabilisce che "le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniquale volta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio".

⁷² Punto 5.1, Programma di Stoccolma — *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, (2010/C 115/01), approvato dal Consiglio europeo nel dicembre 2009, reperibile all'indirizzo internet <http://www.register.consilium.europa.eu>

⁷³ Il Regolamento Eurodac n. 603/2013 del 26 giugno 2013 istituisce "l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del Regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il Regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la

Regolamento Dublino n. 343 del 2003 - sono diretti a dare avvio a una seconda fase di costruzione del sistema europeo comune d'asilo valido per gli anni a venire⁷⁴, ma non sembrano affatto andare nella direzione della condivisione della responsabilità e neanche del rafforzamento del dispositivo dell'accoglienza.

Una effettiva 'solidarietà' europea nella gestione delle domande di protezione non sembra venire – ancora tuttavia è da verificarne la concreta applicazione – dal Regolamento Dublino III che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione⁷⁵: anche questo atto finisce infatti con il confermare il vecchio principio generale su cui si fondava già la Convenzione di Dublino del 1990 e poi di Dublino II per cui ciascuna domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro, laddove poi si continua a favorire la regola - salvo talune eccezioni riguardanti in particolare i minori e i ricongiungimenti familiari (agli artt. 8-12) – che vuole competente *in primis* lo Stato che ha svolto il “ruolo maggiore in relazione all'ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio dello Stato membro”⁷⁶.

Né tanto meno sembra si intenda migliorare il dispositivo della 'accoglienza', al contrario registrandosi un aumento del ricorso alle misure della “detenzione amministrativa” o di limitazione della libertà di circolazione.

In Dublino III, in modo alquanto generalizzato, la detenzione amministrativa è prevista per qualunque richiedente asilo qualora la polizia ritenga sussistente, pressoché discrezionalmente, un “*rischio notevole di fuga*”, nella fase di esame dell'istanza di protezione⁷⁷, mentre nella Direttiva 2013/32/UE sulle procedure si fa riferimento al “trattenimento”, sia pure richiamando la necessità di “un rapido controllo giurisdizionale” (art.26), come misura disciplinata poi dalla Direttiva Accoglienza 2013/33/UE. Stupisce insomma qui che quest'ultima normativa, nonostante sia deputata a stabilire “nuove norme

gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. Eurodac modificato consentirà quindi non solo l'identificazione ma anche l'accesso, da parte delle autorità di contrasto degli Stati membri e a Europol, in casi strettamente individuati, alla banca dati europea delle impronte digitali dei richiedenti asilo allo scopo di prevenire, identificare o indagare i reati più gravi, come l'omicidio o il terrorismo.

⁷⁴ V., in merito, per un esame degli elementi principali degli atti normativi ascrivibili al c.d. “Pacchetto asilo” del 2013, A. DEL GUERCIO, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.osservatorioaic.it/>.

⁷⁵ Il Regolamento (UE) n. 604/2013 che abroga il Regolamento detto Dublino II, modifica alcune delle disposizioni previste per la determinazione dello Stato membro UE competente all'esame della domanda di protezione internazionale e le modalità e tempistiche per la determinazione.

⁷⁶ Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), del 3 dicembre 2008, COM(2008) 820 definitivo.

⁷⁷ L'art. 28 del Regolamento (UE) n. 604/2013 se al primo comma stabilisce che “gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo motivo che sia oggetto della procedura stabilita dal presente regolamento”, nel secondo comma dispone invece che: “ove sussista un rischio notevole di fuga, gli Stati membri possono trattenere l'interessato al fine di assicurare le procedure di trasferimento a norma del presente regolamento, sulla base di una valutazione caso per caso e solo se il trattenimento è proporzionale e se non possano essere applicate efficacemente altre misure alternative meno coercitive”.

relative all'*accoglienza* dei richiedenti protezione internazionale" (corsivo nostro), piuttosto che rimettere la disciplina del trattenimento alla Direttiva sulle procedure – come è accaduto sinora - provveda essa stessa a regolarlo quasi a volerlo assimilare e sovrapporre alle misure di prima accoglienza ed identificazione dei richiedenti asilo, al pari del resto di quanto si verifica da tempo in diversi paesi europei compreso il nostro. Oltre che qualora occorra effettuare la identificazione, sia anche entro un termine "il più breve possibile" (art. 9), il trattenimento o meglio la detenzione amministrativa, ovvero il confinamento dei richiedenti asilo, è previsto in diverse altre ipotesi che vanno ad ampliare la precedente la casistica. Della stessa Direttiva va anche segnalato, infine, il cambio di concezione quanto agli aiuti concessi ai richiedenti protezione internazionale che da una visione che li considerava come sostegno di tipo assistenziale approdano una che li vede come vero e proprio prestito da restituire⁷⁸.

Posizione oscillante sembra infine assumere l'UE anche rispetto all'operazione italiana. L'operazione *Mare nostrum*, peraltro criticata da alcuni perché utilizzava fondi senza alcun resoconto pubblico quanto alle modalità di spesa⁷⁹, avrebbe dovuto invero avere durata limitata giacché da sostituire poi con una nuova missione - chiamata Frontex Plus, in seguito, ribattezzata Tritone⁸⁰ - non più solo italiana ma europea da realizzare in un'ottica di comune condivisione e distribuzione della responsabilità, secondo la logica anche della "maggiore solidarietà con l'Italia" affermata d'altra parte pure a livello internazionale dal Consiglio d'Europa nella sua risoluzione del 2014⁸¹ che a sua volta rinvia alla risoluzione del 2011⁸². Tuttavia le operazioni in mare di Frontex⁸³ - l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'UE operante nell'ambito

⁷⁸ Ai sensi dell'articolo 9, punto 9, "Gli Stati membri possono esigere un rimborso integrale o parziale delle spese sostenute, allorché vi sia stato un considerevole miglioramento delle condizioni finanziarie del richiedente o se la decisione di accordare tali prestazioni è stata adottata in base a informazioni false fornite dal richiedente".

⁷⁹ Nella legge di conversione del decreto si è perciò aggiunto una disposizione che prevede una apposita relazione da presentare al Parlamento entro il 31 marzo 2014 "al fine di assicurare la trasparenza nell'uso delle risorse pubbliche" (comma 2-bis).

⁸⁰ Vedi anche il documento del 28 agosto 2014 adottato da Frontex relativo al Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN-Triton, laddove in particolare si puntualizza che l'operazione Triton "cannot be thought in terms of substituting the current set up of operation Mare Nostrum as the main focus of Frontex Joint Operations is border surveillance and border management, and it would imply an increase of the budget for Frontex, far beyond the level available to the agency". Documento reperibile all'indirizzo internet <http://www.avvenire.it>

⁸¹ Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1999 (2014), adottata il 24 giugno 2014, *The "left-to-die boat": actions and reactions*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.assembly.coe.int>

⁸² Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n.1820, adottata il 21 giugno 2011, *Asylum seekers and refugees: sharing responsibilities in Europe*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.assembly.coe.int>

⁸³ Prevista con il Regolamento (EC) 26 Ottobre 2004, n. 2007/2004 che "istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea", tale Agenzia ha il fine di migliorare la "gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri l'Unione europea" (art. 1), attraverso il pattugliamento di quelle aeree e terrestre.

di “Eurosur”⁸⁴ - restano prevalentemente di “controllo e sorveglianza”⁸⁵, limitate peraltro alla gestione degli interventi di pattugliamento e soccorso al limite delle acque territoriali europee (art. 4), ovvero solamente 12 miglia dalla costa, senza spingersi nelle acque internazionali, come sinora invece fa *Mare Nostrum* che opera fino a 170 miglia dalle coste italiane.

Senonché le ultime iniziative europee sembrano prendere ancora altra direzione da quella del mero controllo delle frontiere, seguendo addirittura la via della vera e propria “repressione”.

Non proprio nell’ambito di Frontex - come d’altronde la stessa Agenzia ha affermato prendendone le distanze⁸⁶ - si muove l’operazione europea, chiamata ‘*Mos Maiorum*’, volta a sostituire – sia pure per breve tempo - *Mare nostrum* nell’intento se non di certo di rafforzare i soccorsi/accoglienza neanche di controllare le frontiere: il *modus operandi* è infatti “intra-Schengen”, mentre la sua natura e i suoi obiettivi – tra gli altri, quello di identificare e arrestare i migranti irregolari attraverso una serie di azioni coordinate – sono di

⁸⁴ Si tratta di un ‘sistema’ europeo di sorveglianza che attraverso lo scambio di informazioni e il coordinamento di organismi nazionali – facenti capi a “centri nazionali di coordinamento” - ed europei persegue, in particolare, l’obiettivo di “support the Member States in reaching full situational awareness on the situation at their external borders and increase the reaction capability of their law enforcement authorities” (punto 3, COM (2008) 68 del 13 febbraio 2008, reperibile all’indirizzo internet <http://www.eur-lex.europa.eu>). Detto in altri termini, con tale sistema si intende creare, secondo l’atto che lo istituisce, “un quadro comune per lo scambio di informazioni e per la cooperazione tra gli Stati membri e l’Agenzia al fine di migliorare la conoscenza situazionale e di aumentare la capacità di reazione alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione («frontiere esterne»), al fine di individuare, prevenire e combattere l’immigrazione clandestina e la criminalità transfrontaliera e contribuire a garantire la protezione e la salvezza della vita dei migranti («EUROSUR»)” (Art. 1, Regolamento (UE) 22 ottobre 2013, n. 1052/2013 del che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere – EUROSUR, reperibile all’indirizzo internet <http://www.eur-lex.europa.eu>).

⁸⁵ Invero secondo l’art. 1, comma 2 del Regolamento (EC) n. 2007/2004: “Fatta salva la competenza degli Stati membri in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne, l’Agenzia semplifica e rende più efficace l’applicazione delle misure comunitarie vigenti e future relative alla gestione delle frontiere esterne garantendo il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri ai fini dell’applicazione di tali misure, contribuendo in tal modo a un livello efficace, elevato e uniforme di controllo delle persone e di sorveglianza delle frontiere esterne degli Stati membri”. Vedi anche poi il Regolamento (UE) n. 656/2014 del 15 maggio 2014, recante “norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea” che va a sostituire, recependo una pronuncia della Corte di giustizia UE del 5 settembre 2012 (Case C-355/10) che ne decretava l’annullamento, la Decisione 2010/252/EU, del 26 aprile 2010 (integrante “il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea”). Nel caso C-355/10,42 il Parlamento europeo aveva invitato la Corte a pronunciarsi sulla legittimità degli orientamenti destinati alle operazioni Frontex in mare (Decisione 2010/252/UE del Consiglio) senza il pieno coinvolgimento del Parlamento europeo laddove invece tali orientamenti contenendo elementi essenziali della sorveglianza delle frontiere marittime esterne e comportando di conseguenza scelte politiche, avrebbero dovuto essere adottate secondo la procedura legislativa ordinaria che vede il Parlamento come co-legislatore.

⁸⁶ Vedi, in particolare, la dichiarazione del Frontex Executive Director Gil Arias Fernandez reperibile all’indirizzo internet <http://www.frontex.europa.eu>.

“cooperazione di polizia”⁸⁷, esulando così dai compiti del mandato di Frontex, quest’ultima limitandosi al più a fornire statistiche e analisi dei dati dei flussi migratori alle frontiere esterne dell’Unione europea.

Dietro la maschera della ‘sicurezza’ – pure prevista come *ratio* giustificatrice di un regime più ‘duro’ dal Schengen Borders Code⁸⁸ che peraltro, per le stesse ragioni, nella sua ultima versione, addirittura reintroduce, all’art. 27, “confini e barriere” tra Stati membri sia anche per un tempo limitato - e della lotta alla criminalità organizzata volta a favorire l’immigrazione illegale⁸⁹ si apre la via – peraltro neanche questa tanto nuova⁹⁰ - di un’operazione di polizia europea anti-immigrazione che non sembra affatto agire in modo da non “pregiudicare i diritti dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, in particolare per quanto riguarda il non-refoulement”, (art. 3, Codice Schengen).

Insomma piuttosto che creare realmente un sistema comune/condiviso d’asilo, la recente normativa europea sembra oggi prendere un’altra via.

Quasi a voler assecondare l’atteggiamento decisamente ostile dei Paesi UE e prender atto delle forti difficoltà di ‘armonizzazione’ sulla base di “norme elevate di protezione” e “procedure eque”, la volontà sembra qui quella di seguire addirittura la strada di una politica che contribuisce ad alimentare la visione repressiva del fenomeno (propria appunto di diversi Stati); si continua poi a mantenere di fatto i gravi squilibri tra i Paesi UE - soprattutto attraverso il “sempiterno” principio generale del ‘primo ingresso’ - così che Stati interessati da flussi migratori più significativi, in particolare quelli di frontiera meridionale dell’UE come l’Italia, si ritrovano tuttora ad assumere maggiori responsabilità rispetto agli altri, dovendo far fronte oltre a misure di soccorso e prima accoglienza, anche all’esame di tutte le domande presentate al momento dell’arrivo sul territorio nazionale, con un aggravio di adempimenti e di impiego di risorse in attesa della definizione delle richieste avanzate.

Manca infatti ancora una vera e propria condivisione degli ‘oneri’ che non siano solo finanziari – per i quali in verità la UE ha istituito dei fondi⁹¹ che elargiscono importanti

⁸⁷ Come peraltro si può leggere chiaramente nella nota n. 11671/14 emanata il 10 luglio 2014 dal Consiglio dell’UE laddove si disciplina la Joint Police Operation “Mos maiorum” quale operazione da attuare dal 13 al 26 ottobre 2014, durante la presidenza italiana del Consiglio dell’Unione europea.

⁸⁸ Ovvero, il “Codice comunitario relativo al regime di circolazione delle persone attraverso le frontiere”, adottato con Regolamento (EC) del 15 marzo 2006, n. 562/2006 in seguito integrato da Decisione 2010/252/EU del 26 Aprile 2010 e da ultimo modificato e integrato da Regolamento (UE) n. 610/2013 del 26 giugno 2013.

⁸⁹ L’obiettivo che si intende perseguire è cioè quello di “weakening the capacity of organized crime groups to facilitate illegal immigration to the EU”.

⁹⁰ Si pensi alle precedenti missioni denominate Aerodromos (2014), Perkunas (2013) nonché Aphrodite (2012) condotte, rispettivamente, durante la presidenza europea di Grecia, Lituania e Cipro.

⁹¹ La Commissione nel periodo 2007-2013 ha concesso all’Italia 478 milioni di euro, una grossa quota rispetto al totale dei fondi destinati all’immigrazione e all’asilo. Per il periodo 2014-2020, invece, i fondi europei stanziati sono oltre 310 milioni di euro del Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione (l’Italia sarà il secondo beneficiario) e più di 212 milioni di euro del Fondo per la Sicurezza Interna. Per ottenere il finanziamento, i Paesi Ue devono presentare alla Commissione, che dovrà poi approvarli – con le ultime modifiche, previo ‘dialogo strategico’ con il paese interessato - i programmi pluriennali contenenti, sulla base degli orientamenti strategici, una strategia e una descrizione delle azioni che permetteranno di realizzare gli obiettivi e indicazioni complementari

finanziamenti ai Paesi UE e in particolare all'Italia⁹² - ma anche delle procedure nonché soprattutto della “ricollocazione” dei rifugiati; ancora difetta, cioè, una distribuzione più equa delle responsabilità e, con queste, dei richiedenti protezione, quest'ultima da prevedere generalmente e non solo nel caso eccezionale in cui si giunga - proprio a causa dell'applicazione ‘di norma’ di una regola che va a gravare sempre sugli stessi Paesi afflitti, a causa della loro posizione geografica, da una forte affluenza degli immigrati - all'incapacità gestionale del primo Stato UE e a ‘collassi’ del sistema di accoglienza. Ovvero, a “carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”: in questa ipotesi è eccezionalmente “lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente” tenuto a proseguire l'esame dei criteri per determinare un eventuale altro Stato competente, dovendo sostanzialmente osservare il divieto di trasferimento verso il primo Stato UE (art. 3, comma 2, Dublino III).

Recependo quasi letteralmente una nota pronuncia della Corte di giustizia in merito⁹³ - come poi ripresa, andando addirittura oltre, anche dalla Corte suprema del Regno Unito in una

per quanto riguarda il finanziamento dei progetti. A tal fine, secondo la nuova normativa di cui al Regolamento (UE) n. 514/2014 del 16 aprile 2014 (recante “disposizioni generali sul Fondo asilo, migrazione e integrazione e sullo strumento di sostegno finanziario per la cooperazione di polizia, la prevenzione e la lotta alla criminalità e la gestione delle crisi”), una volta concluso il “dialogo politico”, ciascuno Stato membro deve poi sottoporre alla Commissione un programma nazionale che descriva come si intendono realizzare gli obiettivi. Con le recenti norme si prevede, inoltre, anche una fase nuova relativa alla gestione e rendicontazione dei “controlli e delle verifiche svolti e dei relativi risultati” nonché alla dichiarazione annuale di affidabilità dei conti da parte dell'autorità responsabile nazionale (art. 27). Infine si introduce altresì l'obbligo a carico degli Stati membri di presentare alla Commissione una relazione annuale di esecuzione di ciascun programma nazionale e una relazione finale di esecuzione dei programmi nazionali entro la fine del 2023 (art. 54). Su questo ultimo punto, per garantire la coerenza e la comparabilità delle informazioni fornite alla Commissione, è stato emesso il Regolamento di esecuzione UE n. 799/2014, della Commissione del 24 luglio 2014, recante il “modello” delle relazioni annuali e finali di esecuzione.

⁹² Gli strumenti di finanziamento previsti per il 2007-2013 sono stati quattro, ovvero: il Fondo Europeo Rifugiati (nota 92 e dopo minuscolo!) (istituito con decisione n.573/2007/CE), il Fondo Europeo Rimpatri (istituito con decisione n. 575/2007/CE), il Fondo Europeo Integrazione cittadini di Paesi terzi (istituito con la decisione n. 2007/435/CE) e il Fondo Frontiere Esterne (istituito con Decisione 574/007/CE). I Regolamenti (UE) nn. 516/2014 e 513/2014 del 16 aprile 2014 (quest'ultimo peraltro ha abrogato la decisione 2007/125/GAI del Consiglio del 12 febbraio 2007, che istituiva per il periodo 2007-2013 il programma specifico “Prevenzione e lotta contro la criminalità”) hanno tuttavia abrogato i pregressi fondi e ne hanno previsto solo due ossia, rispettivamente, il Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione (che si occuperà dei differenti aspetti delle politiche comuni europee in materia di immigrazione e asilo) nonché il Fondo Sicurezza Interna (Internal Security Fund–ISF) quale strumento di sostegno finanziario per la cooperazione di polizia, la prevenzione e la lotta alla criminalità e la gestione delle crisi UE, inclusa la gestione dei confini esterni dell'Unione.

⁹³ CGUE, 21 dicembre 2011, *N. S. e altri*, nei procedimenti riuniti C-411/10 (*N.S. v. Secretary of State for the Home Department*) e C-493/10 (*M.E. et al. v. Refugee Applications Commissioner et al.*). Chiamata in causa a seguito di un rinvio pregiudiziale - effettuato in particolare da due diversi giudici nazionali (la Court of Appeal of England and Wales del Regno Unito e la High Court dell'Irlanda) nell'ambito di diverse controversie riguardanti richiedenti asilo da rinviare in Grecia in applicazione del Regolamento Dublino II - al fine di dare la

sentenza emessa rispetto alla situazione italiana⁹⁴ - si lasciano qui tuttavia fuori tutte quelle ipotesi in cui non si arrivi agli eccessi della ‘carezza sistemica’, discrezionalmente valutabile - stante la formula piuttosto generica che peraltro rimette poi tale valutazione non a un soggetto terzo, *super partes*, ma allo stesso Stato che si trovi ad esaminare su richiesta la domanda – e d’altra parte limitata, nonché allo stesso tempo vincolata, alla violazione dei soli diritti fondamentali di cui all’art. 4⁹⁵. Si potrebbe pensare infatti alla necessità di trasferimenti – invece di un mero meccanismo, come pure titola l’art. 33 del Regolamento Dublino III, di “allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi” privo tuttavia di misure immediatamente intese a porre reale rimedio⁹⁶ - allorché il Paese di primo ingresso sia

sua interpretazione del diritto dell’Unione, la Corte doveva stabilire, su domanda degli stessi giudici, se gli Stati membri sono obbligati, prima di trasferire un richiedente asilo, a controllare se lo Stato di destinazione rispetti effettivamente i diritti fondamentali. La Corte ha quindi dichiarato che: “gli Stati membri (...) sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo «Stato membro competente» ai sensi del regolamento quando non possono ignorare che le *carenze sistemiche* nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell’art. 4 della Carta” dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Si invoca così per la prima volta il concetto di “carezza sistemica” laddove poco prima, nel gennaio dello stesso anno, è già la Corte europea dei diritti dell’uomo a parlare di “*défaillances structurelles*” (CEDU, sentenza 21 gennaio 2011, causa *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. 30696/09) così riconoscendo la violazione da parte del Belgio della CEDU per aver rimandato in Grecia (Stato di primo ingresso) un cittadino afgano.

⁹⁴ Supreme Court UK, *Em (Eritrea) & Ors v Secretary of State for the Home Department*, 19 febbraio 2014, reperibile all’indirizzo internet <http://www.supremecourt.uk>. Con questa pronuncia la Corte Suprema del Regno Unito ha escluso che la “carezza sistemica” sia necessaria ai fini dell’applicazione del divieto di rinvio nel Paese di destinazione. Il caso in esame riguardava un cittadino iraniano e tre cittadini eritrei entrati sul territorio europeo attraverso l’Italia, tra il 2008 ed il 2010, presentandovi una domanda di asilo, alcuni dei quali ottenendovi lo *status* di rifugiato e poi spostatisi, successivamente, nel Regno Unito ove avevano presentato una seconda domanda di protezione internazionale. In applicazione del Regolamento Dublino II, le autorità inglesi avevano disposto perciò provvedimenti di rinvio per i quattro richiedenti verso il nostro Paese contro i quali tuttavia i quattro stranieri avevano proposto ricorso invocando la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e di Strasburgo che proibisce il trasferimento di persone tra Stati membri dell’UE nel caso in cui vi siano seri dubbi di un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante nello Stato membro competente ai sensi del Regolamento Dublino II. Secondo la Supreme Court la violazione sistemica può essere considerata solo un indizio che può agevolare la dimostrazione dell’esistenza del “real risk” di violazione dell’art. 3 ma non la prova decisiva per cui il giudice di primo grado (qui, l’*Administrative Court*), a cui sono rimesse le cause, deve condurre “an examination of the evidence (...) to determine whether in each case it is established that there is a real possibility that, if returned to Italy, the claimant would be subject to treatment in violation of the Convention. That examination can only be conducted properly if there is an assessment of the situation”.

⁹⁵ L’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea recita: “nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

⁹⁶ L’art. 33, prevede infatti una procedura alquanto complessa, suddivisibile in due fasi, nel caso in cui “l’applicazione del presente regolamento può essere ostacolata da un rischio comprovato di speciale pressione sul sistema di asilo”. In un primo momento la Commissione, qualora prenda atto della particolare situazione di uno Stato, “sulla base in particolare delle informazioni ottenute dall’EASO a norma del Regolamento (UE) n. 439/2010”, “rivolge raccomandazioni a tale Stato membro invitandolo a redigere un piano d’azione preventivo”. Tale piano, deputato ad affrontare, attraverso misure appropriate, la situazione di speciale pressione, deve essere poi sottoposto al Consiglio e alla Commissione europea che ne informa il Parlamento europeo. Qualora però questa prima fase dimostri l’incapacità del piano a risolvere lo stato di pressione del sistema, se ne apre una seconda in cui la Commissione, in cooperazione con l’EASO – ovvero, l’European Asylum Support Office, l’Agenzia dell’Unione europea di sostegno agli Stati membri in materia di asilo - può chiedere allo Stato

particolarmente pressato da flussi migratori al punto da mettere in seria difficoltà il sistema di accoglienza. Non diversamente poi si potrebbe disporre anche qualora tale Stato riveli un mercato di lavoro ormai saturo, poco in grado di offrire gli strumenti di sostentamento necessari ad una dignitosa esistenza, oppure, ancora allorché sia lo stesso migrante a voler proseguire il proprio percorso migratorio verso altri Paesi dell'Unione europea, magari dove il sistema di accoglienza è più efficiente e dove spesso si intende raggiungere semplicemente amici. In quest'ultima ipotesi, poiché la domanda di asilo - secondo la logica sottesa alla normativa europea volta ad evitare il fenomeno delle "domande multiple" contemporanee - deve essere esaminata da un solo Stato membro, basterebbe prevedere un sistema europeo di scambio di informazione - oggi esistente solo ai fini dell'Eurodac - così che lo Stato membro avvocato possa informare della sua competenza lo Stato membro nel quale è stata presentata la prima domanda⁹⁷.

Insomma, resta ancora, in ultimo, il dato per cui il Paese di primo ingresso tenuto all'esame e dunque al riconoscimento della protezione si trova a coincidere, salvo qualche eccezione (come quella, ad es., del ricongiungimento familiare o anche questa della carenza sistemica), con quello in cui poi dovrà permanere il soggetto una volta ottenuta la protezione, senza possibilità di un trasferimento coordinato con altro Paese, magari secondo una valutazione effettuata da un soggetto terzo appositamente istituito che nel curare la gestione della 'ricollocazione' perori altresì gli interessi generali dell'Unione europea.

La scarsa volontà dell'Unione Europea e ancor prima degli Stati membri nel senso di una redistribuzione in particolare dei rifugiati non desta, deve anche dirsi, particolare stupore, laddove si pensi in particolare al quadro che emerge rispetto al regime comune di

interessato di redigere, entro tre mesi, "un piano d'azione per la gestione delle crisi" teso ad assicurare "il rispetto dell'*acquis* in materia di asilo dell'Unione, in particolare dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale". In tal caso "lo Stato membro interessato sottopone il suo piano d'azione per la gestione delle crisi e, almeno ogni tre mesi, una relazione sull'attuazione del medesimo alla Commissione e agli altri soggetti interessati pertinenti, come, se del caso, l'EASO". L'ultimo comma dell'art. 33 non prevede tuttavia interventi risolutivi nel caso di fallimento anche di quest'ultima fase limitandosi a stabilire che "per tutta la durata del meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi di cui al presente articolo il Consiglio segue la situazione da vicino e può chiedere maggiori informazioni e fornire orientamenti politici, in particolare per quanto riguarda l'urgenza e la gravità della situazione e, pertanto, l'esigenza per uno Stato membro di redigere o un piano d'azione preventivo o, se necessario, un piano d'azione per la gestione delle crisi".

⁹⁷ Come del resto stabilisce la Corte di giustizia Unione europea, in una sentenza del 2013, a proposito del caso particolare del minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti nel territorio dell'UE e che ha presentato più domande, tra cui una nello Stato membro in cui si trova attualmente. Peraltro, in questo caso specifico, lo Stato membro competente, secondo la pronuncia della Corte di giustizia - come poi ripresa da una proposta di regolamento del 26 giugno 2014, COM(2014) 382 final, volta a modificare il Regolamento (UE) n. 604/2013, in particolare all'articolo 8, paragrafo 4, proprio in merito alla "determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro" - si dovrebbe identificare con quello "nel quale si trova tale minore dopo avervi presentato una domanda di asilo". CGUE, 6 giugno 2013, *The Queen, su istanza di MA e altri contro Secretary of State for the Home Department.*, causa C-648/11, reperibile all'indirizzo internet <http://www.curia.europa.eu>.

“reinsediamento”⁹⁸ di rifugiati provenienti da Paesi terzi verso Stati membri dell'UE, rimesso qui alla partecipazione volontaria: tale sistema avanza infatti con scarsi risultati e in assenza di un coordinamento strutturale a livello UE a causa di un atteggiamento di quasi totale disinteresse degli Stati UE, e ciò nonostante l'UE abbia istituito un fondo⁹⁹ volto anche a ‘premiare’, attraverso il sostegno finanziario, quei paesi che aderiscono al programma di reinsediamento e provvedono al reinsediamento di rifugiati¹⁰⁰.

5.2 *Segue. Per concludere*

Nell'assetto evidenziato che mostra quasi da subito un atteggiamento chiaramente ‘ostile’ dei singoli Paesi UE e una normativa europea che sin dall'inizio non ammette condivisione dei ‘carichi’ legati agli oneri e alle procedure per la concessione della protezione - né tanto meno quanto al paese su cui deve ricadere la competenza ad esaminare le domande dei richiedenti protezione - era inevitabile allora che la nostra legislazione, nell'adeguarsi alle disposizioni europee, vi desse un'interpretazione decisamente restrittiva al fine di ridurre notevolmente l'ingresso degli stranieri nel territorio, mostrando a un certo momento – in particolare con l'adozione della normativa cosiddetta Bossi-Fini – persino un intento ‘demolitorio’ dell'asilo costituzionale quale diritto soggettivo perfetto.

A partire infatti in particolare dagli anni novanta del secolo scorso, i paesi come il nostro che vantavano una posizione strategica sul Mediterraneo si sono ritrovati ad essere penalizzati e abbandonati, secondo la logica del “si salvi chi può” (in cui in definitiva si traduce la regola dell'unicità della competenza nell'esame della domanda da parte del Paese di primo ingresso) volta a salvaguardare gli interessi nazionali piuttosto che quelli dei singoli individui in vista di quelli ‘comuni’.

⁹⁸ Previsto con Decisione n. 2007/573/CE che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati del 23 maggio 2007 per il periodo 2008-2013, nell'ambito del programma generale “Solidarietà e gestione dei flussi migratori”, il reinsediamento è generalmente realizzato in collaborazione con l'UNHCR – l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati – che si pone quale intermediario, ed è volto a consentire il trasferimento di rifugiati provenienti da Paesi terzi le cui esigenze di protezione sono già state chiaramente individuate.

⁹⁹ Il Fondo europeo per i rifugiati (FER III), con una dotazione di 614 milioni di euro per il periodo 2008-2013, contribuisce notevolmente a finanziare il reinsediamento. Una delle priorità principali (priorità 3) per la programmazione dei fondi, come indicato negli orientamenti strategici di cui all'articolo 17, prevede il sostegno ad azioni per migliorare la condivisione delle responsabilità tra Stati membri e paesi terzi, compreso il reinsediamento di rifugiati da un paese terzo in uno Stato membro.

¹⁰⁰ All'art. 13 della Decisione n. 573/2007/CE come modificata dalla Decisione n. 281/2012/UE del 29 marzo 2012, si stabilisce invero che: “gli Stati membri ricevono un importo fisso conformemente al paragrafo 3 *bis* per ciascuna persona reinsediata (...)” corrispondente a “un importo fisso pari a 4 000 EUR per ciascuna persona reinsediata sulla base delle priorità elencate al paragrafo 3” mentre “nei casi indicati di seguito l'importo fisso è aumentato come segue: — 6 000 EUR per ciascuna persona reinsediata per gli Stati membri che ricevono dal Fondo l'importo fisso per il reinsediamento per la prima volta; — 5 000 EUR per ciascuna persona reinsediata per gli Stati membri che hanno già ricevuto dal Fondo l'importo fisso per il reinsediamento una volta negli anni precedenti di operatività del Fondo” (par. 3 *bis*).

In definitiva, se già poco dopo l'entusiasmo iniziale conseguente all'adozione del Trattato di Maastricht del 1992 - e quindi poco dopo l'attuazione concreta di quell'ideale di un mercato unico che si andava avviando da tempo per consentire la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali - i connessi problemi legati in particolare al controllo dei flussi migratori sono stati affrontati, piuttosto che secondo la *ratio* di una condivisione effettiva delle responsabilità e degli oneri, come fatti da spostare e far gravare sul 'malcapitato' singolo paese, non deve destare allora meraviglia ciò che accade oggi. Dopo anni di forti pressioni derivanti da flussi migratori sempre più massicci che hanno investito l'Unione Europea e che comportano difficoltà sempre maggiori di tenere in piedi il sistema di *welfare* in particolare in alcuni Stati membri, non sorprende che si perseveri su questa linea o addirittura si tenda a voler isolare il Paese 'gravato' non diversamente da quanto d'altronde accade per l'altro problema epocale dei nostri tempi, ovvero il debito pubblico, lasciato a carico dello sfortunato singolo Stato.

La storia europea non sembra ancora voler cambiare.